

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**FELIPE AUGUSTO CAMPOS DE LIMA**

**LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O PAPEL DO ADMINISTRADOR  
PÚBLICO:  
O ARTIGO 11 E OS PRINCÍPIOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**CURITIBA  
2009**

**FELIPE AUGUSTO CAMPOS DE LIMA**

**LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O PAPEL DO ADMINISTRADOR  
PÚBLICO:  
O ARTIGO 11 E OS PRINCÍPIOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Monografia apresentada ao curso de Bacharelado  
em Direito, Setor de Ciências Jurídicas,  
Universidade Federal do Paraná, como requisito  
parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.**

**Orientador: Professor Doutor Romeu Felipe  
Bacellar Filho.**

**Curitiba**

**2009**

*À minha mãe, Alda, cuja força e dedicação permitiram meu crescimento, desenvolvimento e, finalmente, estar aqui, desfrutando desse momento.*

## AGRADECIMENTOS

**À DIVINDADE**, que *tudo é* e que me presenteou com o maravilhoso dom da Vida.

**À minha mãe, Alda**, incansável guerreira, que dedicou sua vida e suas forças a mim, possibilitando que esse momento fosse possível.

**Ao meu pai, Jerônimo**, que mesmo não estando mais fisicamente presente, certamente ainda me acompanha. A seu exemplo, de dedicação, de vontade de aprender e de benevolência.

**À Lígia**, mestra que, tal qual uma segunda mãe, iniciou-me na arte de efetivamente pensar o mundo, de forma a compreender mais o porquê das coisas e a ver a Beleza e a perfeição da Existência.

Aos professores e, principalmente, amigos:

**André**, pelas interessantes e tão divertidas aulas de Filosofia, exemplo de como sabedoria e bom-humor andam juntos;

**Marcelo**, pelo exemplo de dedicação e tudo que têm me ensinado, como filósofo e como artista;

Aos amigos que me acompanharam durante esses cinco anos de faculdade, em especial:

**Adir**, exemplo inspirador do que é a verdadeira inteligência e de como ela é bem acompanhada de discrição;

**Cristiano**, exemplo de caráter, pelas inúmeras conversas, saídas e companheirismo que tanto me ajudaram a persistir na faculdade nesses cinco anos;

**Eriston**, por sua amizade e pelas inúmeras vezes que se dispôs a me ajudar nos nossos estudos, trabalhos acadêmicos e em várias outras situações.

**Jorge**, exemplo para mim do valor fundamental, cada vez mais raro, que é a humildade.

E, por fim, aos amigos:

**Ana Vitória**, tão nova e já um exemplo de bondade, doçura e persistência;

**Daniel**, exemplo inspirador de dedicação e do que é o valor de um trabalho bem realizado;

**Egon**, exemplo de bondade, leveza de espírito e sensibilidade;

**Fernando**, exemplo do que é a auto-superação, força de vontade e permanente curiosidade perante o oceano de mistérios que é a Vida;

**Quetzal**, grande amigo e companheiro, que tanto ensinou e me ensina a respeito do que é força, coragem e desejo de aprender.

*“Tanto quanto a poesia, são as religiões e os mitos uma tentativa da humanidade de exprimir em figuras até mesmo o inexprimível que, em vão, se pretende traduzir no meramente racional.”*

Hermann Hesse

*“Procurando o bem para os nossos semelhantes encontramos o nosso.”*

Platão

## RESUMO

Dissertar-se-á sobre a conduta do administrador público, que vêm ganhando crescente importância no Brasil, país em que o Estado vêm intervindo cada vez mais não só na economia, mas também nas informações, hábitos e valores da comunidade.

A tomada de consciência acerca desse crescente poder do agente público se refletiu na Lei 8.429 de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa – que determina, no seu artigo 11, que o descumprimento, de forma dolosa, dos princípios da Administração Pública importa em sanções muito duras. Imperativo argüir, nesse contexto, o que são tais princípios, o que passam eles a representar em um Estado inserido no *neoconstitucionalismo*.

Então, e partir disso, a presente dissertação tratará a respeito do que se deve esperar do administrador público. Analisar-se-á as premissas sobre as quais se constituiu o Direito e o Estado modernos para, com isso, facilitar a compreensão de muitos obstáculos que impedem o administrador público, e a sociedade como um todo, de resolver determinados problemas, que mais do que jurídicos, são inerentes à própria concepção moderna do Direito, Estado e do próprio mundo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administrador Público, Improbidade Administrativa, Princípios Constitucionais, Probidade, Moral e Direito.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>2. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEU ARTIGO 11.....</b>	<b>2</b>
<b>3. O DIREITO NATURAL .....</b>	<b>5</b>
<b>4. HOBBS E AS BASES DO ESTADO CIENTÍFICO.....</b>	<b>8</b>
<b>5. O ILUMINISMO .....</b>	<b>11</b>
<b>6. O POSITIVISMO JURÍDICO .....</b>	<b>13</b>
<b>7. DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO.....</b>	<b>20</b>
<b>8. O ADMINISTRADOR PÚBLICO E SEU PAPEL EXTRA-NORMATIVO .....</b>	<b>26</b>
<b>9. SOBRE QUE INTENÇÕES DEVEM NORTEAR O PAPEL DO ADMINISTRADOR PÚBLICO .....</b>	<b>30</b>
<b>10. OS PRINCÍPIOS .....</b>	<b>32</b>
<b>11. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....</b>	<b>35</b>
<b>12. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>42</b>
<b>13. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>46</b>
<b>14. CONCLUSÃO .....</b>	<b>49</b>
<b>15. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>53</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429 de 1992 – foi criada em atendimento a um *espírito* de combate à corrupção. Trata-se da proteção do ideal *republicano*, de uma *res publica*, indisponível ao administrador que, como seu próprio nome – *administrador* - diz, deve tão-somente administrar e jamais usar, fruir ou dispor dos bens públicos, faculdades essas só conferidas ao *proprietário*, situação em que apenas os particulares se enquadram.

Todavia, para além de seu dever de preservar a coisa pública, o agente público tem o dever de concretizar a ideia de Estado de Direito. A Lei de Improbidade Administrativa impõe esse dever ao estabelecer que o administrador deve obedecer a certos *princípios*, dando a isso tal importância que eventual inobservância possa vir a ser duramente sancionada.

Conforme se verá adiante, essa obrigação de velar pelos princípios é decorrente de um pensamento que supera o simples liberalismo, enquadrando-se, assim, em um paradigma *pós-positivista* que não se contenta com o Estado que zela apenas pelos direitos individuais, sendo omissa quanto aos *valores* que norteiam a sociedade.

É a esse novo papel que a Administração deve estar atenta. Entretanto, é impossível dar a devida atenção a esse novo quadro emergente sem se debruçar sobre o que exatamente significam os princípios e o que eles dizem a respeito da forma como o administrador deve orientar sua conduta. Uma análise não só jurídica, mas principalmente filosófica se impõe. Afinal que são os valores? Qual a ligação deles com o Estado? Como se vê, nas páginas seguintes far-se-á uma breve análise do que a Lei de Improbidade Administrativa evidencia sobre a realidade do próprio Direito e sobre como se deve pensar no papel do administrador público perante tal realidade.



## 2. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEU ARTIGO 11

A Lei de Improbidade Administrativa inaugura, mediante seu décimo primeiro artigo, algo que de grande valia e que merece destaque. Trata-se de uma **incidência direta dos princípios da Administração Pública**, previstos na Constituição da República, **sobre o administrador público, importando sua inobservância em ato ímprobo, duramente sancionado**. Dispõe o *caput* do referido dispositivo:

**Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:** (negrito é nosso)

Não se tratará aqui dos incisos arrolados pelo art. 11 da Lei 8.429/92, pois:

Ainda uma vez, a Lei nº 8.429 lança mão do advérbio *notadamente*, com o propósito de denunciar o caráter enumerativo das condutas que descreve, como exemplares do que intentou dizer no *caput* do preceptivo. Tais dispositivos não exaurem as possibilidades de agressão à probidade administrativa. **O *caput* do art. 11 é o referencial.**<sup>1</sup> (negrito é nosso)

Um caráter tão cogente dos princípios justifica-se pela importância crescente que adquiriram os princípios na administração pública, principalmente quando se vislumbra o *neoconstitucionalismo* como novo paradigma que orienta a Direito Público, assunto de que se tratará em frente.

O servidor público deve, para concretizar a própria ideia de Estado de Direito, obedecer a certos *princípios*. A Lei 8.429 de 1.992 arrola em seu artigo 4º os princípios que, em última instância, estão consagrados pelo constituinte pátrio na Carta Magna de 88, em seu artigo 37, *caput*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

<sup>1</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa...*, p. 160.

publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Alexandre de Moraes muito bem salienta que “a *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 consagrou a constitucionalização dos preceitos básicos do Direito Administrativo, ao prever que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*”<sup>2</sup>.

Por *princípios* alguns entendem as “normas maiores” que regem o sistema de direito positivo. Esse pensamento é inevitavelmente atrelado à concepção kelseniana de que *a validade de uma norma não pode ter outro fundamento senão a validade de uma outra norma*. Nessa esteira, toda legitimação e fundamento do Direito, como Ordenamento Jurídico, culminariam na *Grundnorm* – a norma hipotética fundamental – que, por si, sustentaria o Direito, conforme se verá mais detalhadamente adiante.

Essa definição apresentada pelo *positivismo jurídico*, apesar de não ser incorreta e ainda restar aplicável, é insuficiente. Isso porque juntamente com mestre Miguel Reale, busca-se ver o Direito não só como um ordenamento de um conjunto de normas. Nas palavras do grande filósofo brasileiro, pode-se conceituar o Direito como “*realidade histórico-cultural ordenada de forma bilateral atributiva segundo valores de convivência, o que significa que a Jurisprudência tem por objeto fatos ordenados valorativamente em um processo normativo de atributividade*.”<sup>3</sup>

Que se quer dizer com isso? O processo normativo é fruto de um processo não-normativo, inevitavelmente. A norma deve positivar valores, imperativos de conduta que consagram bens a serem protegidos por uma sociedade política. É inevitável, assim, o *caráter teleológico* do Direito. Os princípios são os responsáveis por essa realidade mais elevada do Direito, onde há a conjunção entre valor e norma, entre o político e o jurídico. Logo, os **princípios estão no Direito e para além dele, simultaneamente**. Não é por outra razão que o filósofo brasileiro assim declara:

Trata-se, como se vê, de uma *realidade espiritual* (não-natural, nem puramente psíquica, ou técnico-normativa etc.), na qual e pela qual se concretizam historicamente valores, ordenando-se as relações intersubjetivas consoante exigências complementares dos indivíduos e do todo social<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*..., p. 68.

<sup>3</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*..., p. 699.

<sup>4</sup> REALE, Miguel. *Idem*, *ibidem*.

Os princípios, concretizados mediante normas maiores ordenadoras do sistema de direito positivo, devem incidir sobre a **conduta** do administrador público.

Por *conduta* infere-se uma atitude do administrador perante a realidade, com o fim de efetivar os objetivos de um *Estado de Direito*. Logo, aquela é intimamente vinculada aos objetivos que se pretende concretizar ou, em outras palavras, à *proposta política* do Estado. Essa, para ter qualquer chance de ser bem sucedida, depende de uma atuação dos legitimados para o exercício do poder político de forma compatível com tal fim que é, conforme já referido, inevitavelmente atrelado a um caráter axiológico e principiológico e não só normativo.

Porém, para bem se compreender o papel do Administrador Público, faz-se necessário observar exatamente a *proposta* do Estado Moderno, sobre que *paradigma* ela é baseada e com quais outros ela dialoga durante a história. Abordar-se-á essas perspectivas antes, para, em seguida, compreender melhor o que exatamente, dentro das grandes limitações que naturalmente se fazem presentes em qualquer estudo, podem vir a significar o Estado hodiernamente e seu aparelho burocrático administrativo e o que o artigo 11 da Lei 8.429/1992 pode vir a trazer de novo, não só em termos normativos, mas também de reflexão.

### 3. O DIREITO NATURAL

O pensamento moderno e pós-moderno em todos os seus aspectos – Filosofia, Ciências, Artes, etc. – tem seus alicerces no *Iluminismo*, movimento cultural ocorrido nos séculos XVII e XVIII, após o *Renascimento*. Esse momento caracteriza-se pelo rompimento com o pensamento medieval e clássico, que advogavam o *direito natural* como parâmetro a partir da qual se determinava o *modus operandi* estatal.

Antes de se aprofundar o estudo do pensamento moderno, imprescindível buscar a compreensão de quais paradigmas lhe antecederam, o porquê e como houve o rompimento com aqueles.

Como já referido, as correntes filosóficas da Antiguidade e da Idade Média viam no *Direito Natural* o modelo pelo qual os homens deviam orientar suas condutas. O Estado devia operar à semelhança do *Kosmos*, consoante a corrente vigente na Antiguidade, no pensamento de Platão e de Aristóteles, ou vinculado à *Deus*, tal qual na corrente inaugurada pelo Cristianismo e presente na Idade Média.

Se o pensamento moderno viria a negar tais concepções, tal, todavia, não afasta o fato de o estudo do Direito Natural dever ser feito de forma incondicionada, sem imposição dos paradigmas modernos, não raro tomados como verdadeiros dogmas. Se a Modernidade pautará sua teoria do Estado no *convencionalismo*, precisamente o que era defendido pelos antigos sofistas, tal concepção não deixa também de ter suas desvantagens, como muito bem salienta a filósofa do Direito, Simone Goyard-Fabre:

O direito natural da tradição clássica certamente oferece, como a República perfeita segundo Platão, um paradigma que os homens não podem realizar: tem as inflexões da u-topia e da u-cronia. Mas, longe de ser sua fraqueza, essa é sua inesgotável força: propõe ao direito dos homens um “modelo” que tem a permanência do inteligível. O importante é que a idéia do direito natural deixa o espírito ver as *exigências* a que deve atender o direito positivo de que as cidades necessitam.

Assim, o mérito dessa tradição é, ao se erguer contra o artificialismo e o historicismo que são as loucuras da sofística, levantar a questão “fundamental” do direito e indicar que, devido à plenitude de sentido e de valor de seu momento fundador, **a ordem jurídica das Cidades**

**não pode ser cortada de suas raízes ontológicas e axiológicas.**<sup>5</sup>  
(negrito é nosso)

Não existia uma noção clara de separação da pessoa do governante e o Estado. Noções modernas, como a *impessoalidade* na administração pública, eram totalmente impensáveis. São de conhecimento notório os eventos na História em que essas acepções culminaram em tiranias e totalitarismo. Isso, e é importante a ressalva, *analisando-se tais eventos sob uma perspectiva moderna*.

Por outro lado, o Estado e a pessoa do líder político (ou dos líderes) ao se identificarem, criavam um paralelismo entre *virtudes* e *vícios* do administrador e da máquina estatal. Não é por outra razão que Platão fará em sua obra célebre, *A República*, um paralelo entre os indivíduos e as formas de governo, que vão desde a figura do *tirano*, paralelamente a um Estado tirânico, até o rei-filósofo, o sábio que promoveria também um “Estado sábio”, *aristocrático*, onde as *virtudes* estariam presentes na condição de guias do agir estatal.

Tal paralelismo exigia do papel do governante um *posicionamento pessoal* bastante lúcido. O sábio antes compreenderia o mundo, mediante a *contemplação*, para depois exercer seu governo. Veja-se como Aristóteles, em seu *Convite à Filosofia*, trata de tal questão:

Mas que a sabedoria contemplativa nos dá também grandes vantagens para a vida humana, descobriremos facilmente a partir das artes. Na verdade, assim como os médicos competentes e a maior parte dos especialistas em ginástica admitem de boa vontade que os que se destinam a ser bons médicos ou bons ginastas devem ter a experiência da natureza, também os bons legisladores devem ter experiência da natureza, e ainda mais que os primeiros. Pois os médicos e os ginastas são apenas artesãos da virtude do corpo, mas os legisladores, que tratam das virtudes da alma e que pretendem dar ensinamentos sobre a felicidade e a infelicidade do Estado, precisam muito mais de filosofia.

(...)

Pois então, do mesmo modo, o homem político deve ter certos critérios tirados da própria natureza e da verdade, segundo os quais ele julga o que é justo, o que é belo, o que é lucrativo...<sup>6</sup>

Com o advento do *cristianismo*, há a primeira crise nesse paradigma. Em Roma, grande herdeira do pensamento grego e da unidade entre *religião*, com os valores que essa encerra, e o *Estado* e seus governantes, será declarada a frase de Cristo, “*Dai, pois, a César o que é de César e a Deus o que é de Deus*” (**Mateus, 22.21**). Tal ruptura

<sup>5</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica...*, p. 39.

<sup>6</sup> ARISTÓTELES, *Da Geração e da Corrupção seguido de Convite à Filosofia...*, pp. 162-163.

dos *valores atemporais* (Deus), com os *valores políticos e temporais* (César), será de colossal importância para toda a história ocidental.

A referida dualidade impregnará toda a *Idade Média*, em que a Igreja e o Estado serão os grandes atores no poder político. Mas, agora, separados, em que pese tentativas de reconciliação ocorridas durante a história, fica determinada a distinção de *papéis* (sociais) que o indivíduo tinha na condição de *cidadão* (seguidor das *leis*) e de *homem religioso e moral* (seguidor de valores, relacionados à concepção de Deus).

Se posteriormente o *Renascimento* viria a recuperar aspectos culturais greco-romanos, tal cisão não foi por ele suplantada. Com o advento, seguidamente, de um *racionalismo humanista*, o espiritual, separado do político, está fadado a se ver enfraquecido. Esse movimento será o do *Iluminismo*.

Para o pensamento político, a antecipação da concepção que viria a culminar no Iluminismo ocorre com a obra de **Thomas Hobbes**.

#### 4. HOBBS E AS BASES DO ESTADO CIENTÍFICO

Thomas Hobbes, filósofo britânico que viveu entre 1.588 e 1679, é o grande teorizador do Estado Moderno, que terá por alicerce de seu poder a *ciência* e a *técnica*. A *antropologização do direito natural corresponde, para ele, a uma filosofia natural que, antimetafísica, é uma obra de ciência rigorosa*.<sup>7</sup>

Arcângelo Buzzi cita o que filósofo, na obra *De homine*, 1, c., expressa:

Se já tivéssemos alcançado a ciência, a religião teria desaparecido<sup>8</sup>.

Distingue-se bem o que seria objeto de fé e de filosofia. Dos assuntos relativos ao primeiro não caberia ao Estado se ocupar.

Thomas Hobbes é *empirista*. Para ele o conhecimento se funda na experiência. Sua metafísica é naturalista. Nas palavras de Julián Marías, ele *busca a explicação causal, mas elimina as causas finais e quer explicar os fenômenos de modo mecânico, por meio de movimentos*.<sup>9</sup> Trata-se de uma concepção *materialista* que terá grandes efeitos para a posteridade, principalmente no que se refere à sua **doutrina de Estado**.

Partindo de um fortíssimo *determinismo* que nega a *vontade* humana como veículo de sua liberdade (o que justamente caracteriza a expressão mais poderosa da concepção clássica de Estado), um grande pessimismo quanto a *condição natural do homem* marca o pensamento hobbesiano.

Hobbes parte da igualdade entre todos os homens. Acredita que todos aspiram ao mesmo; quando não o alcançam, sobrevivem a inimizade e o ódio; quem não consegue o que lhe apetece, desconfia do outro e, para se precaver, o ataca. Daí a concepção pessimista do homem de Hobbes; *homo homini lupus*, o homem é o lobo do homem<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Obra Citada, p. 47.

<sup>8</sup> BUZZI, Arcângelo R. *Introdução ao Pensar...*, p. 121.

<sup>9</sup> MARÍAS, Julián. *História da Filosofia...*, p. 273.

<sup>10</sup> MARÍAS, Julián. Idem, *ibidem*.

Nota-se o ideal de *igualdade* como condição de paz. Ver-se-á adiante como no *Estado Liberal* tal pensamento encontrará força bem como no hodierno *Estado Social*. **A igualdade em ver seus desejos realizados em relação aos outros homens seria a condição da paz, e não alguma disposição interna, axiológica ou dita “espiritual”.** Esse forte determinismo impregna muitas ideologias e campos do pensamento jurídico até hoje.

Há em Hobbes uma contraposição entre o referido estado de natureza, que ditará seu *direito natural*, e o posterior estabelecimento do Estado, absoluto, para que a paz seja possível.

O homem está dotado de um poder do qual dispõe conforme seu arbítrio; tem certas paixões e desejos que o levam a buscar coisas e querer arrebatá-las dos demais. Como todos conhecem essa atitude, desconfiam um dos outros; o estado natural é o ataque. Mas o homem se dá conta de que essa situação de insegurança é insustentável; nesse estado de luta vive-se de forma miserável e o homem se vê obrigado a buscar a paz. Hobbes distingue entre *jus* ou direito, que interpreta como liberdade, e *lex* ou lei, que significa obrigação. O homem tem liberdade – isto é, direito – de fazer tudo o que possa e queira; mas com um direito é possível fazer três coisas: exercê-lo, renunciar a ele ou transferi-lo. Quando a transferência do direito é mútua, tem-se um pacto, contrato ou convênio: *covenant*. Isso leva à idéia da comunidade política.<sup>11</sup>

O direito natural ganha uma nova significação. **A liberdade é individual, baseada nos desejos da natureza humana.** Pela Razão não pode o homem se libertar. O determinismo é absoluto, o homem é seus desejos e extintos. Para esse pensamento naturalista o homem, nesse estado primitivo é livre. *O que vem retirar a liberdade é o Estado* (e não mais possibilitá-la, mediante a Vontade e a Razão, como para o pensamento clássico!).

Tal momento é crucial. A visão do que é o Estado, e de sua relação com a liberdade do homem é transformada radicalmente. Entretanto, não há um rompimento com o direito natural da forma radical como se poderia supor:

O poder soberano, que o ato do contrato lhe confere, faz dele o “único legislador”, habilitado por sua autoridade irrestrita – apenas submetida à condição de não contradizer os *dictamina* da “lei fundamental de natureza” – a definir o direito como um conjunto de “regras e medidas” que, aplicadas a particulares, são mandamentos de seu poder supremo (*summum imperium*).<sup>12</sup>

<sup>11</sup> MARÍAS, Julián. Idem, pp. 273-274.

<sup>12</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Obra Citada, p. 47.



Por um lado, o fundamento do direito positivo da República já não deve ser procurado no horizonte metafísico desenhado pela Natureza ou decidido por um Deus todo-poderoso. As “fábulas” da metafísica não passam de trevas. Segundo o método rigoroso das análises e das sínteses correlativas, a filosofia erigida em ciência busca o fundamento do direito no poder do Estado soberano que, “o único legislador”, é também o único jurislador. Hobbes retoma assim as vias do *convencionalismo* preconizado pelos sofistas. (...)

Por outro lado, Hobbes, que não repudia a idéia do direito natural – ou, mais precisamente, do “direito de natureza” (*jus naturae*) –, transforma-lhe o conceito. No *corpus* hobbesiano, este já não designa a justiça natural que corresponde à ordem harmônica das coisas, mas a potência (*potentia* ou *power*) que o indivíduo tem de fazer uso das capacidades de que dispõe para preservar a vida.<sup>13</sup>

Ou seja, há agora um direito natural do indivíduo a lutar pela sua vida. Esse é, com efeito, a única limitação ao estado hobbesiano. A partir do momento em que a vida do cidadão é ameaçada, pode esse se rebelar contra o Estado soberano, dado que há um *direito natural* à sua vida, portanto individual.

É preciso, portanto, observar na obra de Hobbes a modificação semântica da noção de direito natural provocada pelo deslocamento de seu lugar: Hobbes substitui deliberadamente e, ao que tudo indica, sem reservas, a idéia do direito natural da comunidade, que repercutia a ordem do macrocosmo no microcosmo humano, pela idéia do direito natural do indivíduo. (...) Seja como for, e mais uma vez desconsiderando a questão das fontes, constata-se que Hobbes inaugura a corrente filosófica do *individualismo*.<sup>14</sup>

É por isso que se costuma dizer que Hobbes – por certos aspectos de sua filosofia político-jurídica próximo (sic) de Grotius que declara que o direito dos homens seria o que é ‘mesmo se Deus não existisse’ –, com sua postura iconoclasta, inaugura o direito natural moderno.<sup>15</sup>

Esse “direito natural moderno” é individualista a ponto de conceber a própria formação do Estado como algo advindo da manifestação da vontade individual de cada cidadão, mediante o *contrato*.

As conseqüências dessa opção filosófica serão consideráveis pois, de par com o racionalismo, o individualismo fornece a chave do “contrato social” considerado, nos séculos XVII e XVIII, o princípio gerador das sociedades políticas.<sup>16</sup>

Estão lançadas as bases do empirismo, individualismo que, juntando-se em seguida ao humanismo, trariam à tona o Iluminismo.

<sup>13</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Idem, p. 48.

<sup>14</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Idem, pp. 48-49.

<sup>15</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Idem, p. 49.

<sup>16</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Idem, ibidem.

## 5. O ILUMINISMO

*o Iluminismo, na escassa medida em que é filosofia, se preocupa mais com as questões do conhecimento que com as questões metafísicas e segue os caminhos empiristas, levando-os ao extremo até o sensualismo absoluto. Por outro lado, os elementos mais importantes do Iluminismo, o deísmo, a ideologia política, partidária da liberdade e do governo representativo, a tolerância, as doutrinas econômicas, etc., têm sua origem no pensamento empirista dos séculos XVI a XVIII.*

*O Iluminismo quer reunir todos os conhecimentos científicos e torná-los acessíveis aos grandes círculos. Os problemas rigorosamente filosóficos – não digamos mais teológicos – passam para segundo plano. A “filosofia” se reflete agora, principalmente, aos resultados da ciência natural e às doutrinas empiristas.<sup>17</sup>*

O Iluminismo é antropocêntrico. O homem, mediante uso da razão, é capaz de criar suas leis e estabelecer seu mundo. A palavra *ratio* é que dá origem à “razão”. *Ratio* é vinculada à *medição*, à possibilidade de, mediante sua vontade, o homem estabelecer a lei. Cai por terra a sentença de Platão “*Deus é a medida de todas as coisas*”, a qual havia sido, inclusive, reafirmada por Santo Tomás de Aquino. Em seu lugar, ganha terreno o pensamento de Protágoras, com seu “*O homem é a medida de todas as coisas*”. Para Immanuel Kant, tem-se que o Iluminismo representou a saída dos seres humanos de uma tutela que estes mesmos se impuseram a si, pois tutelados seriam aqueles que se encontram incapazes de fazer uso da própria razão independentemente da direção de outrem. “Tem coragem para fazer uso da tua própria razão!” seria o lema do Iluminismo.

O papel de Rousseau, filósofo iluminista, para a passagem de uma concepção de Direito como Lei Natural à uma concepção convencionalista e, assim, positivista, foi fundamental. Expõe Simone Goyard-Fabre:

Rousseau, antes de Kant, inverte as teses jusnaturalistas sem por isso negar o direito natural: “Toda justiça vem de Deus, ele é sua única

<sup>17</sup> MARÍAS, Julián. Obra Citada, p. 285.

fonte; mas, se soubéssemos recebê-la de tão alto, não teríamos necessidade nem de governo nem de leis". Portanto, o direito natural já não é o paradigma da ordem jurídica: cabe às leis civis dar às normas naturais vindas de Deus a estampilha humana que as torna acessíveis e efetivas para os homens. Aliando a antropologia à ciência do direito, Rousseau, que, em nome da igualdade, rejeita as perspectivas hierárquicas do naturalismo clássico, insere o direito civil nas instituições da Cidade. **Forja assim um humanismo jurídico no qual o homem, antes de mais nada cidadão, é reconhecido como um sujeito de direito.**<sup>18</sup> (negrito é nosso)

Esse *humanismo jurídico* é, necessariamente, *individualista*, pois está assentado no homem como referencial de conhecimento e valores. Ora, cada homem terá sua *razão*, pela qual chegará a suas concepções a respeito do mundo, inclusive no Direito:

A teoria jusnaturalista da tradição clássica será subvertida pela compreensão "moderna" do conceito de direito natural que, doravante instalado numa filosofia que descobriu o homem como tema, se construirá em torno de três noções-chave: o *humanismo*, o *individualismo* e o *racionalismo*.<sup>19</sup>

Observe-se que há um deslocamento para um direito natural com base na *natureza humana*, que é *racional*. Esse movimento, uma forma de *neo-racionalismo* (que se diferencia do *racionalismo* dos gregos, romanos e tomistas medievais, pois essa *Razão* é universal e ordena o *Cosmos*) centrado no ser humano.

Com efeito, enquanto, desde meados do século XVII, o perfil de um direito natural apoiado na natureza das coisas e inserido, como diz Montesquieu, na ordem cósmica se esfumou até quase desaparecer, desenvolveu-se simultaneamente e de modo inflacionário a idéia segundo a qual os direitos vinculados **à natureza do homem** deveriam ser protegidos pelas instituições civis.<sup>20</sup> (negrito é nosso)

Entretanto, o movimento de antropologização do Direito irá ver sua máxima consolidação com Hans Kelsen, o qual forjará em sua *Teoria Pura do Direito* uma ideia do Direito como sistema autônomo, que na sua busca por se afirmar como ciência, terá suas próprias leis e simplesmente ignorará não só o parâmetro de um Direito Natural pré-existente, mas também qualquer possível relação com a realidade social e eventuais mudanças axiológicas pelas quais uma comunidade passa com o decorrer dos tempos.

<sup>18</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Obra Citada, p. 84.

<sup>19</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Idem, p. 43.

<sup>20</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Idem, p. 70.

## 6. O POSITIVISMO JURÍDICO

*As ciências humanas são filtradas por lentes que as esvaziam de seu conteúdo axiológico e negam sua leitura teórico-metafísica. Ganham espaço os critérios de objetividade (pela estrita observação empírica dos fenômenos a partir de raciocínio indutivo-comparativo); neutralidade axiológica (onde os fatos são separados dos valores e somente os primeiros são (sic) se prestam à ciência) e a a-historicidade (já que a ciência busca leis constantes e invariáveis, que não se submetem à inflexão temporal humana). O método positivista, ou seja, a ciência, ao eliminar tudo aquilo que interfere e contamina o processo de conhecimento, desenvolve a fé num alcance real e efetivo dos mecanismos de funcionamento da realidade objetiva (sendo esta independente da ação e pensamento humanos).<sup>21</sup>*

O positivismo jurídico já estava sendo gerado, em fase embrionária, desde Thomas Hobbes:

Constata-se, pois, que a revolução epistemológica que Hobbes colocou sob a égide do mecanicismo e racionalismo introduz uma reviravolta radical na filosofia e, particularmente na maneira de conceber o direito. A metamorfose mais espetacular reside nesse convencionalismo mediante o qual Hobbes transforma a fonte, a forma e o sentido da juridicidade, uma vez que, a seu ver, cabe à forma da lei determinada pela única autoridade legiferante do poder público definir o direito e conferir-lhe força obrigatória. Nessa metamorfose antinaturalista, encontra-se o princípio do que, três séculos depois, se chamará “positivismo jurídico”.<sup>22</sup>

A noção de homem que mediante um ato de *vontade* institui o Estado está na noção contratualista hobbesiana:

O direito do Estado é essencialmente um direito positivo

<sup>21</sup> FONSECA, Angela Couto Machado. “Em que medida nós ainda somos” - uma leitura sobre metafísica, niilismo e direito a partir de Nietzsche. In: FONSECA, Ricardo Marcelo, org. Crítica da modernidade: diálogos com o direito..., p. 59.

<sup>22</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Obra Citada*, p. 50.

determinado por uma razão construtiva que, além disso, disciplina sozinha a autoridade de coerção vinculada às leis e às regras de direito. Com Hobbes, fica plenamente estabelecido que o direito nada deve ao Céu, nem à providência, nem à história: ele se insere no âmbito do legicentrismo estatal que é obra de razão, e seu valor provém apenas do poder de decisão do poder público.<sup>23</sup>

Esse pensamento, a qual ainda era atrelado a alguma forma de *direito de natureza*, conforme já foi exposto, foi ganhando contornos cada vez mais exacerbados rumo a um voluntarismo *absoluto*. Decisivo para tal mudança foi, durante o século das luzes, a atuação de Rousseau e, principalmente, a interpretação que foi dada ao pensamento do filósofo francês:

No entanto, o forte civismo de que Rousseau munia sua mensagem viria a se aliar, no clima propício do episódio revolucionário, à obsessão da lei e desencadear “um delírio de literatura legiferante”. A partir daí, transportada para fora de sua ordem, a filosofia do direito de Rousseau foi de certa maneira traída por aqueles mesmos que se proclamavam seus mais ferventes legatários. Com efeito, o racionalismo já crítico com que o autor do *Contrato social* tentava explicar a fundação do direito foi suplantado pelo dogmatismo abrupto e pela ideologia militante dos jacobinos. A sobrevalorização da lei como fonte do direito provocou um desvio da herança jurídica legada por Rousseau.<sup>24</sup>

Em 1789, a Revolução Francesa, fruto político dos contornos que o pensamento tomou durante o século das luzes, torna a lei única fonte do Direito, para que assim existisse um impedimento às arbitrariedades típicas do antigo regime.

Em todo o caso, em meio à confusão de influências múltiplas e diversas, a intensa atividade jurídica que se seguiu à Revolução Francesa, pouco sensível à verdade fundamental das filosofias por ela invocadas, confirmou a tendência objetivista que a teoria positivista não tardaria em tornar sua.<sup>25</sup>

Essa *tendência objetivista* é a grande marca do *ideal científico*, que

<sup>23</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Obra Citada*, pp. 50-51.

<sup>24</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Idem*, p. 84-85.

<sup>25</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Idem*, p. 85.

passou a imperar para a concepção de Estado.

O impulso científico, junto com a mentalidade positivista, também ganha espaço no território jurídico. A maior parte dos juristas que no século XIX se entendem positivistas, pretendem fazer do direito uma ciência, bem como pretendem afastar-se do jusnaturalismo.<sup>26</sup>

Há o abandono da noção do *Ser*, o mundo não é mais visto como ordem perfeita. Está para ser feito, e para tal a *razão humana* deve ser referencial. O Direito tratará de um *dever-ser* cunhado por esse novo racionalismo humanista.

O *dever-ser* é cunhado mediante uma convenção normativa. Confia-se na razão individual humana a promover o bem comum mediante uma expressão escrita, que uma vez dada é impessoal e distante de caprichos pessoais. A Administração estatal deverá seguir um conjunto de normas objetivas, em que se pretende não existir espaço para qualquer tipo de subjetivismo. Uma legislação abrangente garantiria um ideal de que as situações encontram-se resposta sempre, objetivamente no ordenamento jurídico. Trata-se de uma atitude tipicamente científica de se buscar *controle*. Verificar-se-ia a *validade* ou não de uma proposição (veja-se que não se fala mais em *certo ou errado*) tal qual a verificação de uma hipótese em um experimento científico:

O positivismo jurídico nada mais é do que uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito. Imaginou-se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente da objetividade da observação e da experimentação. Se o investigador das ciências naturais pode realizar experimentos com base em procedimentos lógicos até concluir a respeito da verdade ou da falsidade de uma proposição, supôs-se que a tarefa do jurista poderia ser submetida a essa mesma lógica. Nessa linha, os juristas sempre chegariam a um resultado correto ou falso na descrição do direito positivo, como se físicos ou químicos fossem.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> FONSECA, Angela Couto Machado. “Em que medida nós ainda somos” .... In: FONSECA, Ricardo Marcelo, org. *Obra Citada...*, p. 60.

<sup>27</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo...*, p. 29.

Por que tal ocorreu? A resposta é simples. Desvinculado de um sistema axiológico apriorístico a que todos devem respeito, o novo Estado só pode contar com a *razão individual*. Entretanto, a mensagem de Hobbes permanece: *O homem é lobo do homem*. Ou seja, *não há confiança de um homem em outro*. Como promover, dessa maneira, uma administração? Tentou-se responder a isso com um gigantesco aparato normativo que trouxesse na lei a ordem, *impessoal e objetiva* a ser seguida. Essas características são as que compõem um *Estado científico*:

O Estado Moderno é científico. Sua fala se pauta pela gramática das ciências. Por causa disso, o Estado entrega o governo da vida pública e privada aos tecnocratas. Estes são investidos de poderes taumatúrgicos. Isso porque se considera a ciência único poder capaz de programar a práxis social<sup>28</sup>.

Para tal fim, criar um Direito científico, seria necessário torná-lo *autônomo* perante outros ramos do conhecimento. O ordenamento jurídico deve subsistir por si. O Direito cria a si mesmo, mediante a noção de Lei, sem nada dever à Deus, à Natureza, à Justiça, aos costumes e valores humanos:

Nesse contexto filosófico, o novo jusnaturalismo perdeu o sentido do realismo que as antigas teorias do direito natural extraíam do aristotelismo. Em vez de dar prioridade à idéia de um direito que conota a justa distribuição dos bens, doravante ele tende a privilegiar a noção de lei.<sup>29</sup>

Em outras palavras, o Direito extrai de si mesmo sua *validade*. Cada norma é legitimada por aquela que se encontra hierarquicamente acima. O sistema, como um todo extrai sua fundamentação do que seria, para Kelsen, a *Grundnorm* ou a *Norma Hipotética Fundamental*.

Ora, a ciência do direito permite a Kelsen pôr em evidência a lei de composição – que é ao mesmo tempo o esquema de distribuição – da pirâmide jurídica. A especificidade dessa ordem é regular por si mesma sua própria criação: da regra

<sup>28</sup> BUZZI, Arcângelo R. Obra Citada, p. 121.

<sup>29</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Obra Citada, p. 72.

constitucional à regra legislativa e ao regulamento administrativo, toda criação do direito é aplicação do direito e toda aplicação do direito cria o direito. Portanto, quando, numa ordem jurídica, a “validade de uma norma só pode ter como fundamento a validade de uma outra norma”, evidentemente superior a ela, é que a sistematicidade do edifício não tem falhas. Fica garantida assim, através da autodeterminação do direito – o direito se funda nele mesmo –, a unidade lógica da ordem jurídica<sup>30</sup>.

É bastante claro que a pretensão por tamanha autonomia poderia e efetivamente levou o Direito a uma dissociação com a realidade. Identificado com o próprio Estado, esse passa a se distanciar das contingências o que culminará em uma *crise de representatividade*, vivida intensamente pelo Estado Moderno.

Há um monismo entre Estado e Direito. Nas palavras de Simone Goyard-Fabre:

**Kelsen estabelece a unidade do Estado e do direito. No monismo kelseniano, o próprio Estado é uma ordem jurídica: “Não há conceito sociológico do Estado ao lado de seu conceito jurídico.”<sup>31</sup>**

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

O princípio da legalidade, assim, acabou por constituir um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não depende de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa.<sup>32</sup>

A legalidade como fonte legitimadora de todo o poder, concepção dos revolucionários franceses, jamais conseguiria afastar o fato de que *homens fazem as leis*. Aqui, o convencionalismo tem um efeito devastador, pois se a Lei nada deve a alguma ordem extra-normativa, necessariamente os interesses daqueles que detêm o poder de elaborar a lei serão o fator preponderante a determinar o ordenamento e, nesse contexto, o que acaba por ser, *integralmente*,

<sup>30</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Obra Citada, p. 121.

<sup>31</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Idem, p. 133.

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Obra Citada, p. 25.



o próprio Estado.

As conseqüências de tal pensamento não tardaram a se manifestar. Seguir-se-ia à Revolução Francesa a *Revolução Industrial*, na Inglaterra. A exploração do homem pelo homem nas indústrias encontrava a devida fundamentação legal à época. Não tardou para ficar claro que o Direito poderia ser um grande instrumento de dominação, conferindo a essa, ainda, uma legitimação.

Significativa crítica a esse Estado científico-tecnocrata, à época da Revolução Industrial foi feita por Karl Marx, que mostrava que os avanços científicos não estavam sendo direcionados à melhoria da qualidade de vida humana. O pensador deixa claro que a ciência e a técnica estão inevitavelmente atreladas a um *ideal político*. Em seguida, Herbert Marcuse também denunciaria tal realidade:

Na construção da realidade tecnológica não há uma ordem científica puramente racional; o processo da racionalidade tecnológica é um processo político<sup>33</sup>.

Daí restar claro que o critério de *impessoalidade* com que o aparelho burocrático do Estado Moderno, impessoalidade tal qual a de um *cientista*, é questionável. Crer no administrador tecnocrata que, se abstendo de seus próprios valores e costumes, tão-somente cumpriria a lei, não parece suficiente para dar uma resposta à problemática do papel do indivíduo como parte do Estado. Aliás, não somente na política, bem como na própria investigação científica a pretensão positivista de um saber científico apartado da realidade histórica é bastante questionável.

A crise que a utopia da legalidade em sentido, cega às realidades concretas, costumes e valores que permeiam a vida social, viria a desencadear, forçou a admissão de que a lei, por si, é incapaz de garantir uma administração viável. O gigantismo estatal com base na teoria hegeliana de Estado levou a experiências como a do *nazismo*, evidenciando que o *legal* que desdenha critérios

---

<sup>33</sup> MARCUSE, Herbert. Ideologia da Sociedade Industrial. Rio, 1967, p. 162, Apud: BUZZI, Arcângelo R. Obra Citada, p. 133.

de *justiça e moralidade*, por julgar esses demasiado “relativos” pode levar a consequências catastróficas.

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto aponta que o dogmatismo normativista desvincula a ciência jurídica de qualquer indagação pertinente à validade social da mesma. Acrescenta, ainda, que:

A estrutura lógica dessa visão reducionista é inteiramente adequada a respaldar qualquer espécie de autoritarismo político, já que o Direito seria “puro”, imune a *contaminações ideológicas*.

Essa postura legalista é, todavia, sabiamente insatisfatória. A história pôs à dura prova, em vários momentos supremos, a validade de tal concepção. Basta pensar-se, com efeito, na possibilidade de aplicação dos fundamentos do direito nazista na Alemanha, após o fim da Segunda Grande Guerra, quando se desnudou a *barbárie* então desenvolvida sob o manto da “legalidade”.<sup>34</sup>

As referidas experiências levaram à doutrina a novamente falar dos princípios, restando claro que a lei, por si, não dava resposta à problemática do Direito. A partir daí a noção de *Constituição* ganhará expressão.

---

<sup>34</sup> COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais e Processuais. In: SAMPAIO. José Adércio Leite, ... (org.). Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92..., pp. 338-339.

## 7. DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

*A obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas sim a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais.*<sup>35</sup>

Bem assenta Manoel Gonçalves Ferreira Filho que *data da Antiguidade a percepção de que, entre as leis, algumas há que organizam o próprio poder. São leis que fixam os seus órgãos, estabelecem suas atribuições, numa palavra, definem sua Constituição.*<sup>36</sup>

Mais tarde, concebia-se que as normas imperativas da própria organização do Estado seriam fruto dos próprios ditames da razão humana, consoante o pensamento iluminista.

A idéia de Constituição ganhou força associada às concepções do Iluminismo, a ideologia revolucionária do século XVIII. Esta cosmovisão tem cinco idéias-força, que se exprimem pelas noções de Indivíduo, Razão, Natureza, Felicidade e Progresso.<sup>37</sup>

Ou seja, dentro dos moldes já referidos, a auto-organização do Estado encontra seus ditames na razão, individual, humana. Tal concepção dará base à idéia posterior do Estado Liberal, *legalista*, a que se propõe proteger a idéia do ser humano, enquanto ser *individualizado*.

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Obra Citada, p. 45.

<sup>36</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional..., p. 03.

<sup>37</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Idem, p. 06.

Esta cosmovisão é fonte do liberalismo político e econômico que triunfa com as revoluções dos séculos XVIII e XIX. Neste último plano, o liberalismo afirma a virtude da livre concorrência, da não-intervenção do Estado, enfim o *laissez-faire*, que enseja a expansão capitalista.<sup>38</sup>

Havia um otimismo relativamente à razão humana. Os direitos individuais estariam protegidos, dado que a Constituição seria fruto da razão. Entretanto, a doutrina liberal *não designava qualquer organização fundamental, mas apenas a que desse ao Estado uma estrutura conforme aos princípios do liberalismo*.<sup>39</sup>

Ou seja, com a Revolução Francesa, a separação entre Estado e sociedade civil e a limitação daquele a proteger os direitos individuais daqueles que compõem a sociedade faz da Constituição, para o liberalismo, um documento escrito e solene que organiza o Estado, adotando necessariamente a separação dos poderes e visando a garantir os direitos do homem.

Com essas características, buscava-se refrear o *Anciën Regime*. Aponta Luiz Guilherme Marinoni que:

O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do *anciën regime*. A administração e os juizes, a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei.<sup>40</sup>

Todavia, tal concepção logo mostrou suas insuficiências. Negando-se a pretensão clássica e escolástica de uma lei que exprime uma Razão universal e fazendo-a exprimir a vontade dos homens, não tardou para que o absolutismo do antigo regime fosse tão-somente substituído por um novo absolutismo:

<sup>38</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Idem, p. 07.

<sup>39</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Idem, ibidem.

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Obra Citada, p.23.

O princípio da legalidade, porém, constituiu apenas a forma, encontrada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposto.<sup>41</sup>

Referindo-se a Carl Schmitt, Luiz Guilherme Marinoni é preciso ao esclarecer que:

Se – como diz Carl Schmitt – na idealização do Estado de Direito Liberal a burguesia adotou um conceito de lei que repousa em uma velha tradição européia – herança da filosofia grega, que passou à Idade Moderna através da escolástica –, conforme o qual a lei não é uma vontade de um ou de muitos homens, mas uma coisa geral-racional (não é *voluntas*, mas *ratio*), no processo histórico de afirmação da burguesia, tal noção de lei cedeu espaço para o seu oposto, isto é, para a noção de lei defendida pelos representantes do absolutismo de Estado, segundo a qual, na fórmula clássica cunhada por Hobbes, *auctoritas, non veritas non facit legem* – a lei é vontade, não vale por qualidades morais e lógicas, mas precisamente como ordem.<sup>42</sup>

Aliás, para o movimento político e jurídico chamado constitucionalismo, só se pode chamar de constitucional o Estado com aquelas características dos direitos individuais e de separação dos poderes, conforme prescreve a Declaração de 1789:

“Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição” (art. 16).

Assim, apenas a carta política que põe em primeiro plano os direitos individuais, limitando-se o poder do Estado, inclusive com a separação de seus poderes, pode ser considerada, para o constitucionalismo, uma Constituição.

O *constitucionalismo* projeta os valores a serem projetados na esfera privada mediante a Carta Política que tem condição de norma maior do sistema político-jurídico, a **Constituição**.

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Idem, ibidem.

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Idem, p.24.

A busca da efetividade do **sistema axiológico** idealizado pelo legislador constitucional de 1988 tem sido elemento marcante na reconstrução do conceito de cidadania no Brasil. Longe de ser uma mera “carta de boas intenções”, **a Constituição Federal deve ser vista e vivida como uma ordem de princípios e regras orientados para a promoção dos direitos fundamentais e para a autocompreensão ética da sociedade.**<sup>43</sup> (destaque é nosso)

Ora, a proposta da Carta Magna é política, permeada, *inevitavelmente* de valores, a que a sociedade propõe concretizar. Todavia, a *abstenção* do Estado em intervir na vida do indivíduo e um caráter principiológico notadamente voltado somente à estrutura da organização estatal restou insuficiente à problemática jurídico-social.

Acreditou-se em uma capacidade da comunidade em estabelecer um equilíbrio mediante as relações individuais (ideia liberal), com pouca intervenção estatal, essa não pode estar desacompanhada dos valores que conduzem, ou melhor, *educam*, o indivíduo. Esvaziada a esfera privada, comunitária, de tais referenciais, conforme ver-se-á adiante, o Estado assume esse papel.

Se com a Revolução Francesa viu-se a necessidade de limitar o poder do Estado, posteriormente a idéia iluminista de Constituição e a formação de um Estado liberal não atendeu às problemáticas sociais e nem mesmo à própria segurança que se buscou contra o Estado, pois esse pôde se agigantar também sob o fundamento da lei.

A partir de então, ganha contornos uma nova idéia, a do *neoconstitucionalismo*.

Surge, então, o Estado preocupado com as questões sociais que impediam a “justa” inserção do cidadão na comunidade. Com ele explodem grupos orientados à proteção de setores determinados, que nessa linha passam a fazer pressão sobre o legislativo, visando leis diferenciadas.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa...*, p. IX.

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 41.

O neoconstitucionalismo retira a centralidade do Estado como sintetizador de leis. As influências de grupos sociais no processo de elaboração das leis faz leva ao fato de “*as características da impessoalidade e da coerência da lei – sonhadas pelo positivismo clássico – deixam de existir. A vontade legislativa passa a ser a vontade dos ajustes do legislativo, determinada pelas forças de pressão*”<sup>45</sup>.

A noção de que o Direito tem origem no Estado cede à realidade de que a lei é fruto do pluralismo de forças sociais. Dado o caráter eminentemente egoístico dos interesses dos grupos sociais que influem na formação da lei, é fundamental submeter a norma a um controle que leve em conta os *princípios de justiça*.

Esses princípios são os consagrados na Constituição que não, como outrora, é vista somente em seu caráter formal, mas *substancialmente*. Assim a lei, e conseqüentemente a conduta do agente público, deve se *adequar as exigências substanciais de probidade, consubstanciadas nos princípios constitucionais*.

É com clareza que Luiz Guilherme Marinoni disserta sobre o tema:

Ao se dizer que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende de sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.<sup>46</sup>

Note-se que o *fundamento de legitimidade* da lei está nos direitos fundamentais. O caráter teleológico não mais serve apenas para interpretação da lei, mas como fundamento de sua própria existência.

<sup>45</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Idem, p. 42.

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Idem, p. 44.

Mas, se essa nova concepção de direito ainda exige que se fale de princípio da legalidade, restou necessário dar-lhe uma nova configuração, compreendendo-se que, se antes esse princípio era visto em uma dimensão *formal*, agora ele tem conteúdo *substancial*, pois requer a conformação da com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais.<sup>47</sup>

Evidentemente essa nova visão sobre os princípios e o Direito não poderia prescindir da atribuição de um caráter normativo aos princípios. A possibilidade de se sancionar a inobservância de tais preceitos maiores é afim ao ideal pregado pelo neoconstitucionalismo.

Não há como negar, hoje, a eficácia normativa ou a normatividade dos princípios de justiça. Atualmente, esses princípios e os direitos fundamentais têm qualidade de normas jurídicas e, assim, estão muito longe de significar simples valores.<sup>48</sup>

Se a lei é fruto das forças sociais, como ela poderia de alguma forma ignorar os valores dos agrupamentos sociais que influenciaram em sua criação?

Demonstrado que a lei sozinha não consegue dar tal referencial, o *administrador público exerce um papel maior do que simples aplicador da lei, pois ele está lidando com fins axiológicos que a própria proposta política de um Estado se propõe para a comunidade.*

---

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Idem, ibidem.

<sup>48</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Idem, p. 45.



## 8. O ADMINISTRADOR PÚBLICO E SEU PAPEL EXTRA-NORMATIVO

Do exposto até aqui, poder-se-ia chegar à uma fundamental conclusão, juntamente com Luiz Guilherme Marinoni:

... o positivismo jurídico não apenas aceitou a idéia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi o responsável por uma inconcebível simplificação das tarefas e das responsabilidades dos juízes, promotores, advogados, professores e juristas, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense, na universidade e na elaboração doutrinária.<sup>49</sup>

Tal se estende ao administrador público. O ideal técnico-científico de uma administração aplicadora, fria e mecanicamente, do disposto em lei, distante e impessoal, levou à verificação da situação já comum de desinteresse do servidor público que pode ser sentida por qualquer brasileiro que tenha, de alguma maneira, necessitado recorrer a um órgão público.

A importância do papel do administrador público como exemplo, seu comportamento é de influência possivelmente maior sobre o agir da coletividade do que a da própria lei.

A corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos

---

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Idem, p. 30.

de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público. A corrupção no ápice da pirâmide hierárquica serve de fator multiplicador da corrupção dentre aqueles que ocupam posição inferior, desestimulando-os a ter conduta diferente.<sup>50</sup>

Esse fato é conhecimento consolidado, inclusive, na psicanálise. Veja-se o que o Carl Gustav Jung, um dos maiores discípulos de Sigmund Freud, expressa:

O homem possui uma faculdade muito valiosa para os propósitos coletivos, mas extremamente nociva para a individuação: sua tendência à imitação. A psicologia social não pode prescindir da imitação, pois sem ela seriam simplesmente impossíveis as organizações de massa, o Estado e a ordem social. A base da ordem social não é a lei, mas a imitação, este último conceito abarcando também a sugestionalidade, a sugestão e o contágio mental. Podemos constatar diariamente como se usa e abusa do mecanismo da imitação, com o intuito de chegar-se a uma diferenciação pessoal: macaqueia-se alguma personalidade eminente, alguma característica ou atividade marcantes, obtendo-se assim uma diferenciação externa, relativamente ao ambiente circundante. Poder-se-ia quase dizer que então, como que por castigo, intensifica-se a semelhança com o espírito do ambiente, a ponto de chegar-se a uma identificação compulsiva inconsciente com o mesmo.<sup>51</sup>

As determinações, as intenções que norteiam o ordenamento jurídico, suas inúmeras imprecisões, correntes interpretativas divergentes e outros fatores fazem-no nebuloso até mesmo, não raras vezes, ao aplicador do Direito. A situação para o cidadão comum é, por assim dizer, muito mais grave. Inseguro quanto ao que esperar do Estado, é consciente que sua moral privada nem sempre possui os mesmos preceitos dos nebulosos e distantes imperativos da Administração Pública.

Não há que se argumentar a presunção legal de que todos conhecem a lei. É de conhecimento notório que o ordenamento é conhecido por poucos e que é impossível a qualquer um conhecê-lo integralmente, dado o número colossal de leis, decretos, portarias, etc.

A ignorância é agravada pelo referido distanciamento entre a

<sup>50</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Obra Citada*, p. 04.

<sup>51</sup> JUNG, Carl Gustav. *O Eu e o inconsciente...*, pp. 29-30.

realidade e a norma criada pelo positivismo jurídico. Nesse contexto, o poder de influência do administrador, não só através de sua função, mas também pelo seu **exemplo** é muito intensificado. Características peculiares da Modernidade e Pós-Modernidade como o enfraquecimento da família, dos costumes atrelados à prática comunitária e da Religião, torna o indivíduo desamparado de laços que o envolveram e foram referencial de atitudes e de valores por séculos.

O indivíduo, em uma era de *extremo individualismo*, busca sua salvação basicamente no Mercado, mediante um consumismo descontrolado incentivado pela economia liberal (maior consumo interno, mais forte será a economia do País), e no Estado, que progressivamente infiltra-se na vida do indivíduo mediante políticas públicas e cada vez mais regramentos, para suprir a lacuna deixada pelos costumes. Isto é bem demonstrado pelo filósofo brasileiro Olavo de Carvalho:

O Estado utiliza-se das reivindicações de autonomia dos indivíduos (...) como de uma isca para prendê-los na armadilha da pior das tiranias. “Libertando” os homens de seus vínculos com a família, a paróquia, o bairro, protegendo-os sob a imensa rede de serviços públicos que os livra da necessidade de recorrer à ajuda de parentes e amigos, oferecendo-lhes o engodo de uma garantia jurídica contra os preconceitos, antipatias, sentimentos e até olhares de seus semelhantes – uma garantia jurídica contra a vida, em suma -, o Estado na verdade os divide, isola e enfraquece, cultivando as suscetibilidades neuróticas que os infantilizam, tornando-lhes impossível, de um lado, criar ligações verdadeiras uns com os outros, e, de outro lado, sobreviver sem o amparo estatal e muito *professional help*<sup>52</sup>.

Pois, se do ponto de vista econômico o Estado e o mercado são poderes antagônicos e concorrentes, o mesmo não se dá quanto à administração da vida psico-social, onde esses dois gigantes anônimos e impessoais freqüentemente se aliam contra todos os liames comunitários e familiares que constituem a última proteção da intimidade humana<sup>53</sup>.

Não é à toa que José Ortega Y Gasset apontou, e isso há décadas

<sup>52</sup> CARVALHO, Olavo de. O Jardim das Aflições. De Epicuro à Ressurreição de César – Ensaio sobre o Materialismo e a Religião Civil..., p. 273.

<sup>53</sup> CARVALHO, Olavo de. Idem, pp. 278-279.

atrás, o advento do “senhorzinho satisfeito”. O indivíduo, cada vez mais alienado de sua realidade social, não é consciente de que todas as benfeitorias a que tem acesso são fruto de numerosas vidas gastas em pesquisa, pensamento e muito trabalho:

Esse personagem, que agora anda por todas as partes e impõe sua barbárie íntima em todos os lugares, é, de fato, o menino mimado da história humana. O menino mimado é o herdeiro que se comporta exclusivamente como herdeiro. Agora a herança é a civilização – as comodidades, a segurança; em suma, as vantagens da civilização. Como já vimos, só dentro da folga vital que esta produziu no mundo pode surgir um homem constituído por aquele conjunto de facetas, inspirado por tal caráter. É uma das muitas deformações que o luxo produz na matéria humana. Ilusoriamente, tenderíamos a acreditar que uma vida nascida em um mundo com meios de sobra seria melhor, mais vida e de qualidade superior à daquela que, justamente, consiste em lutar contra a escassez. Mas isso não é o que acontece (...). O aristocrata herda, isto é, já encontra atribuídas a sua pessoa certas condições de vida que não foram criadas por ele, portanto, que não estão organicamente unidas à sua vida pessoal e própria. Intimamente ele nada tem a ver com elas, porque não são originárias dele. E tem que viver *como* herdeiro, isto é, tem que usar o arcabouço de outra vida. E aí, o que acontece? Que vida vai viver o “aristocrata” por herança, a sua ou a do prócer inicial? Nem uma nem outra. Está condenado a *representar* o outro, portanto, a *não ser* nem o outro nem ele mesmo. Sua vida perde a autenticidade, inexoravelmente, e converte-se em mera representação ou ficção de outra vida. O excesso de meios que é obrigado a manipular não o deixa viver seu destino próprio e pessoal, atrofia sua vida. *Toda vida é luta, é o esforço para ser ela mesma*. As dificuldades que encontro para realizar minha vida são, precisamente, o que desperta e mobiliza minhas atividades, minhas capacidades<sup>54</sup>.

Em que pese o apontamento do referido filósofo brasileiro, a situação da esfera privada na atualidade fica clara com o pensamento de Ortega Y Gasset. Perderam-se os referenciais necessários para que a própria comunidade organize a si mesma mediante valores e costumes. A estabilidade das relações nos grupos sociais, grande marca que identifica o grupo enquanto tal, é dificultada pela *cultura de massa*, que se infiltra nos lares apartando o indivíduo de qualquer

<sup>54</sup> ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*..., pp. 129-130.

referencial coletivo e pelo Estado no papel de *provedor*, e aqui não se refere somente a possíveis assistencialismos, mas ao papel de *provedor de direitos*, sem qualquer elemento de valor que se agregue à vida comunitária.

## 9. SOBRE QUE INTENÇÕES E VALORES DEVEM NORTEAR O PAPEL DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

O fenômeno jurídico manifesta-se ou existe porque o homem se propõe fins. Não é possível que se realize, por exemplo, um contrato, sem que algo mova os homens à ação. Quem contrata é impelido pela satisfação de um *valor* ou um interesse, por um objetivo a atingir, por um *fim* qualquer que constitui o ato, dando-lhe vida e significado como razão de seu *dever ser*.<sup>55</sup>

Conforme já mencionado, o papel do administrador como *exemplo* é de importância peculiar, sobretudo com o enfraquecimento de valores e de referenciais de comportamento, como um todo, característicos dos tempos hodiernos.

As esferas da religião e do costumes sofrem de um grande enfraquecimento, sendo substituídos por “valores” da *cultura de massas*, a *indústria cultural* nas palavras da Escola de Frankfurt. Esse processo é fruto do *individualismo* exacerbado que tira ao homem todo o senso de coletividade e é graças a esse último que valores são moldados e permanentes. Inevitavelmente, esse “vazio” precisa ser de alguma maneira preenchido e se a comunidade perde mais e mais suas forças perante o individualismo de forte teor *consumista* que

<sup>55</sup> REALE, Miguel. Obra Citada, p. 544.

invade todas as casas graças aos meios de comunicação, cabe ao Estado garantir a permanência dos valores que são base para a sobrevivência de qualquer sociedade.

Parte desse processo ocorreu e vêm ocorrendo com a crescente intromissão estatal em assuntos que antes eram só cuidados pela esfera privada. Não esquecendo das possíveis desvantagens que esse fenômeno traz, conforme bem apontado por Olavo de Carvalho, é inevitável, entretanto, para o Brasil, esse papel à esfera pública, não só como aplicadora da lei, mas como moralizante de um contexto social totalmente conturbado por mensagens contraditórias e destruição de valores comunitários.

A ideia de *nacionalidade*, a valorização pelo indivíduo de sua *pátria* pode ter profunda influência sobre seu comportamento. Trata-se de um referencial comunitário ao sujeito, que, devidamente canalizado, pode superar o estado de passividade que um individualismo exacerbado criou. O homem deixa de apenas ficar na condição de herdeiro e volta a ter um papel ativo no contexto social de que é parte. Conforme ensina José Ortega Y Gasset, *o homem é o homem e suas circunstâncias, se ele não as salva, não salva a si mesmo*.

Nesse contexto, os **princípios** da administração pública, com o necessário caráter normativo e imperativo sobre o administrador público, introduzido pela lei de improbidade administrativa em seu artigo 11, e com o referencial axiológico necessário à comunidade, tomam um papel essencial. Não se trata de simples norma, morta diante da realidade social, e sim imperativos de *conduta* que dizem respeito a todos.

Doravante, imprescindível compreender-se, assim, o que os princípios ensinam a respeito do que se deve esperar do administrador público.

## 10. OS PRINCÍPIOS

*...cabe destacar em Platão um tema bem pouco notado: o serviço do filósofo-rei é puro. Ou seja, ele não pode transformar esse serviço ou essa função em proveito ou em ganho. Contra o hedonismo e o pendor utilitarista da sofística, Platão condena radicalmente essa “política desnaturada” (arrancada de sua natureza essencial) que confunde um bem aparente ou uma satisfação sensível com o verdadeiro bem cuja essência é ideal. A capacidade de legislar decorrente da inteligência e da competência não faz da arte régia o exercício de uma técnica simplesmente utilitária. (...) as leis são para Platão questão de inteligência e de compreensão fundamentais. O jurislador é aquele que delibera não sobre meios mas sobre fins, que avalia em termos de valor (e não de resulta ou proveito). Portanto, o poder não é potência, e, sobretudo, não é potência tecnicista (aliás, o sinal mais evidente da degenerescência da Cidade aparece quando o poder torna-se objeto de disputa, isto é, meio de alcançar as glórias e honras que acompanham a potência).<sup>56</sup>*

---

<sup>56</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Obra Citada*, pp. 19-20.

O agir do administrador, com base nos princípios da administração pública arrolados pelo constituinte parece necessitar de um resgate da noção platônica referida. ***Poder não é potência, e, sobretudo, não é potência tecnicista. Avalia-se sobre fins em termos de valor.***

A Lei 8.429 expõe quais são esses valores em seu art. 4º:

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

E em seu art. 11 vincula a conduta do administrador à observação dos princípios, sob pena de configuração de improbidade administrativa:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Tal sanção à inobservância dos princípios é de grande relevância, pois, nas palavras de Nicolao Dino de Castro e Costa e Neto, *“a violação de um princípio assume contornos de indiscutível gravidade, sendo até mesmo mais significativa que a contrariedade a uma regra jurídica. A repercussão negativa é muito maior na inobservância de um princípio, porquanto este, exercendo um papel de balanceamento de interesses e de “ligação” de normas e preceitos, possui dimensão axiológica que, abalada, repercute em todo o sistema. Daí porque se afigura inteiramente adequada a tipificação, como improbidade, dos atos atentatórios aos princípios norteadores da administração”*<sup>57</sup>.

Esse papel de ligação de normas e preceitos é que introduz o conteúdo substantivo à norma, sem a qual ela fica esvaziada, sendo mero comando imperativo. Esse conteúdo substantivo é que cria um *senso de dever* em

<sup>57</sup> COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais e Processuais. In: SAMPAIO. José Adércio Leite, ... (org.). Obra Citada, pp. 356-357.



obedecer ou não a uma dada regra.

Não é à toa que a violação ao princípio acaba por ser muito mais grave que a de uma regra. A regra é só o comando, o princípio é que confere a própria significação ao sistema posto, ele que legitima e sua violação é uma afronta ao arcabouço axiológico do próprio Estado.

Daí ser fundamental o Administrador, que é o aplicador *imediato* dos princípios, ser sancionado por sua eventual inobservância. Ele faz muito mais do que violar uma regra ou um comando. Ele viola um *ideal* que diz respeito teleologicamente a todos, à significação de uma comunidade política tomada em si. Cabe a ele, muito pelo contrário, *encarnar em si* esse ideal.

O artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa considera a ação ou omissão que viole os deveres de *honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade* para com a Administração Pública.

Observe, porém, juntamente com Nicolao Dino “*que honestidade, imparcialidade e lealdade são conceitos abertos que reconduzem o intérprete à própria noção de moralidade administrativa. (...) Pode-se afirmar, então, que o cerne da improbidade prevista no art. 11 é a violação do princípio da moralidade administrativa.*”<sup>58</sup>

Assim, a **moralidade** e a **legalidade** são os aspectos centrais do art. 11 da Lei 8.429. Doravante, examinar-se-á cada um dos referidos princípios.

---

<sup>58</sup> COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais e Processuais. In: SAMPAIO. José Adércio Leite, ... (org.). Obra Citada, p. 357.

## 11. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

*O princípio da legalidade é o fundamento e a essência do estado de direito, onde as leis governam e não os homens (máxima: rule by law, not by men do direito inglês)<sup>59</sup>.*

O princípio da legalidade é pedra basilar do Estado de Direito. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. (...) Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria.<sup>60</sup>

O princípio é, genericamente, expresso no art. 5º, II, da Constituição da República brasileira:

---

<sup>59</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. ... p. 30.

<sup>60</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo..., pp. 99-100.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Sem legalidade não há Estado de Direito. Esse é a proposta política que subordina o agir público ao Direito, como forma de garantia individual. Trata-se da *segurança jurídica*, com a qual a legalidade está intimamente relacionada. O administrado deve ter uma *previsibilidade* acerca das condutas que o Estado adota.

A fim de que tal seja possível, para a Administração Pública a legalidade é em *sentido estrito*. O administrador pode tão-somente agir conforme o que estabelece a lei. Esse sentido é o expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Em outras palavras, não basta a *não-contrariedade* com a lei, é necessária a *conformidade* com o comando legal. Nas palavras de Emerson Garcia:

Atualmente, o princípio da legalidade é concebido em uma perspectiva distinta de outrora, época em que a atividade estatal não tinha como pressuposto a previsão normativa, mas unicamente a ausência de limitação por ela imposta.

(...)

Com o evoluir da doutrina publicista e a contínua reflexão sobre o papel desempenhado pelo Estado, a lei deixou de ser unicamente o elemento limitador da atividade estatal, passando a assumir a posição de substrato legitimador desta, o que interdita a prática de atos *contra legem* ou *praeter legem* e torna cogente a obrigação de agir

*secundum legem*".<sup>61</sup>

E, finalmente, Celso Antônio Bandeira de Mello explicita que:

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos *meios* e *formas* nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições.<sup>62</sup>

Assim, verifica-se a *administração é atividade subalterna à lei; que se subjugava inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente, e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro*<sup>63</sup>.

Como já visto, essa noção é típica do Estado Liberal, em que a preocupação preponderante era salvaguardar a esfera privada de uma intromissão abusiva por parte do Poder Público. Todavia tal sentido, de *poder regulamentar* da Administração, não mais exaure o tema hodiernamente.

Hoje, a legalidade vai além, pois impõe a obrigação para os agentes públicos, segundo Marino Pazzaglini Filho, de "*respeito aos princípios constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico a que estão sujeitos*".<sup>64</sup>

Trata-se da garantia para que qualquer forma de normatização seja seguida. Nisso incluir-se-ia a observância dos próprios princípios, tidos como regras maiores, nos moldes do *neoconstitucionalismo*.

Conseqüentemente, o princípio da legalidade "*é a base e a matriz de todos os demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam as atividades administrativas. Os demais princípios constitucionais*

<sup>61</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*..., pp. 33-34.

<sup>62</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Obra Citada*, p. 105.

<sup>63</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Obra Citada*, p. 103.

<sup>64</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*..., p. 30.

*servem para esclarecer e explicitar o conteúdo do princípio maior ou primário da legalidade.*"<sup>65</sup>

Indubitável, assim, a essencialidade da legalidade. Entretanto, uma ressalva é essencial quanto à sua relação com a *conduta*, tanto do administrador quanto do administrado. Para tal, Emerson Garcia traz uma reflexão que não só merece, mas necessita ser integralmente transcrita:

Desde os primórdios da civilização, estavam os componentes de determinado grupamento sujeitos a padrões de conduta, o que permitia a compatibilização dos diversos interesses existentes e viabilizava a manutenção da agregação social.

Referidas normas, inicialmente estabelecidas consensualmente pelos próprios componentes do grupamento, passaram a ser ulteriormente impostas por aquele que se elevou à categoria de autoridade superior aos demais. Tinha-se, assim, **o detentor de um poder superior, o qual determinava, em termos absolutos, o padrão de conduta a ser seguido.**

Essa forma de exercício do poder conduzia à supremacia do interesse do soberano em detrimento dos interesses sociais dos membros da coletividade (...).

Com o evoluir dos tempos, **o flagrante descompasso existente entre o papel desempenhado pelo detentor do poder e os anseios da coletividade a si subjugada sofreu mutações**<sup>66</sup>. (negrito é nosso)

Ou seja, a legalidade determina previsibilidade, mas, sozinha, *pouco* ou *nada* resolve acerca do alegado descompasso entre o papel do detentor do poder e os anseios da coletividade. A Lei, sob o pretexto de proteger, pode-se tornar justamente o pretexto para legitimar uma dominação.

Conforme Emerson Garcia apontou, o “poder superior” passou a ter função determinadora, **em termos absolutos**, do padrão de conduta a ser seguido. Ora, trata-se exatamente do já referido monismo do Estado kelseniano. Não é exagero repetir o apontamento de Simone Goyard-Fabre:

**Kelsen estabelece a unidade do Estado e do direito. No monismo kelseniano, o próprio Estado é uma ordem jurídica: “Não há conceito sociológico do Estado ao lado**

<sup>65</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios Constitucionais reguladores da administração pública..., p. 26.

<sup>66</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Obra Citada*, p. 25.

de seu conceito jurídico.”<sup>67</sup>

As reflexões já referidas por Luiz Guilherme Marinoni apontam o duplo viés da legalidade: por um lado a segurança jurídica, por outro, uma *tiranía* da lei, a menos que ela, mesmo quanto titulada de “princípio”, não seja tomada somente em si mesma, mas em relação a um contexto axiológico, sociológico e antropológico.

Não raras vezes, em diversas épocas e em distintos Estados, o princípio da legalidade legitimou abusos e atrocidades, o que exigiu a idealização de um fundamento de validade superior, aqui residindo a importância do princípio da constitucionalidade.<sup>68</sup>

A norma constitucional, todavia, feita para dar o referido fundamento de validade, sujeita-se à mesma problemática. A *norma escrita*, por si, pode ser sempre “traída” em suas pretensões. Rafael Fielsa, citado por Emerson Garcia, explica, brilhantemente, que a violação de uma norma não se dá somente em relação à sua interpretação literal (gramatical):

Nas lúcidas palavras de Rafael Bielsa, “uma lei pode ser violada em seu texto (violação grosseira e visível), em seu espírito (violação tortuosa e sutil), na verdade de seus desígnios sociais, econômicos, administrativos etc. (falsa motivação). Deve-se compreender, além disso, como violação de lei, toda interpretação arbitrária das normas aplicadas em detrimento do interesse geral ou do patrimônio ou erário do Estado, bem como a errônea ou falsa motivação, seja nos desígnios de fato, seja na determinação dos motivos; isto é, tanto na apreciação dos motivos anteriores ao ato (caso de inexistência desses motivos ou de não justificação para agir), quanto nos motivos determinantes, que se dão na decisão. Se assim não fosse, repetimos, bastaria apoiar-se em pressuposições de fato e em citações legais para legitimar os atos. E dada a tendência dos governos arbitrários a um excessivo legalismo falso, puramente literal e palavroso, é necessário e lógico estender o campo ou domínio da ação popular a este conceito de violação de lei”.<sup>69</sup>

A possível violação desse “espírito” é sempre possível. Tornando *imprescindível* o entrelace dos planos do direito e da moral. Não é por outra razão

<sup>67</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Obra Citada, p. 133.

<sup>68</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Obra Citada, p. 37.

<sup>69</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Idem, p. 36.

que já se aludiu que **os princípios estão no Direito e para além dele, simultaneamente**. Se forem vistos tão somente como normas, nada impede a tirania “legalizada” que já ocorreu sob o império da lei.

O neoconstitucionalismo enquanto atento a um caráter *substancial*, e não só *formal*, dos princípios, propõe uma constante questão de *valor* para o Direito, que não pode ser transgredido sob pena da legitimação de toda ação do Estado se ver perdida.

Se a questão de valor torna-se prioritária, essa é inevitavelmente a meta que repercute sobre o administrador. Trata-se de ideal político constitucional, conforme os parâmetros do neoconstitucionalismo, que cabe ao administrador concretizar. Assim, em um sentido mais amplo, trair o “espírito” da lei, implicará um atentado *simultaneamente* à legalidade e a moralidade. Não se esquivar da observância dessa mediante a alegação de que se estaria seguindo aquela.

O entrelace dos planos *moral* e *legal* que a Lei 8.429/1992, em seu artigo 11, *caput*, traz se expressa, também, no fato de que a inobservância da *legalidade*, pelo agente público, servidor ou não, configura ato ímprobo sancionado duramente, mas condicionado à existência de *dolo*. *Nem toda ilegalidade importa em improbidade*. Nas palavras de Marino Pazzaglini Filho:

Ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a prática de ato funcional ilegal, por si só, não configura ato de improbidade. Para tipificá-lo, como tal é necessário que ele tenha origem em comportamento desonesto, denotativo de má-fé, de falta de probidade do agente público<sup>70</sup>.

Ora, o artigo 11 da Lei de Improbidade ao determinar ser ímproba a violação aos princípios da Administração Pública, só é aplicável sob a condição de que exista **uma disposição subjetiva do agente**. O autor supra referido é preciso ao demonstrar que:

O vocábulo latino *improbitate*, como já salientado, tem o significado de “desonestidade” e a expressão *improbis administrator* quer dizer “administrador desonesto ou de má-fé”.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. ... p. 113.

Segundo Waldo Fazzio Junior, *o atentado à legalidade só adquire, por assim dizer, o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios éticos que, a partir do caput do art. 11 iluminam seus incisos, sobretudo a honestidade, a imparcialidade e a lealdade.*<sup>72</sup>

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto é preciso ao alegar que a *proporcionalidade* é necessária ao êxito da Lei de Improbidade, pois eventual desajuste com a realidade inevitavelmente compromete a eficácia da lei.

Certamente seria desarrazoado estabelecer irrestrita equivalência entre ilegalidade e improbidade. A expectativa social pela preservação do princípio da probidade no bojo da Administração não pode levar o operador do Direito à perpetração de excessos, sob pena de serem deslegitimados todos os esforços compreendidos na consecução desse anseio coletivo.<sup>73</sup>

Continua a jurista esclarecendo que *“infere-se daí, pois, sem sombra de qualquer dúvida, que a violação do dever de legalidade apta a ensejar a caracterização de improbidade administrativa é aquela que vem incrementada com ingredientes de deslealdade, má-fé ou desonestidade para com a Administração Pública”*<sup>74</sup>.

Foi, inclusive, entendimento determinado pelo Superior Tribunal de Justiça que o *dolo* esteja necessariamente presente para configurar ato de improbidade os casos do art. 11 da Lei 8.429:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.

1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

<sup>71</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. Idem, ibidem.

<sup>72</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa e crimes de prefeitos... p. 181.

<sup>73</sup> SAMPAIO. José Adércio Leite. Obra Citada, pp. 357-358.

<sup>74</sup> SAMPAIO. José Adércio Leite. Idem, pp. 358-359.



2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.

3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa” (RESP nº 480387 – São Paulo. Relator Ministro Luiz Fux – DJ 24-5-2004, p. 163).

Assim, a *legalidade*, por si, não nos pode levar à correta configuração da improbidade, nos moldes do artigo 11, pois é necessária a *subjetividade*. Imprescindível, assim, buscar o entendimento acerca da honestidade do administrador público, intimamente relacionada à *moralidade administrativa*.

## 12. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A moralidade como princípio da Administração Pública introduz, especialmente com o art. 11 da Lei 8.429, um caráter cogente na atuação não só legal, mas moral por parte do agente público. A moral é juridicamente protegida, conforme expressa Celso Antônio Bandeira de Mello:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito,

como é evidente, os princípios da *lealdade* e *boa-fé* (...). Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com lealdade e honestidade, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evadido de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício dos direitos por parte dos cidadãos.<sup>75</sup>

Expressa Alexandre de Moraes que “*pelo princípio da moralidade administrativa, de difícil conceituação doutrinária, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade; deverá ele, no exercício da sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública*”<sup>76</sup>.

O referido jurista inclui a *razoabilidade* como elemento que integra a moralidade administrativa. Emerson Garcia aponta que:

Diz-se que determinado ato é razoável quando **o juízo de valor** que motivou sua prática encontra-se adequado aos *standards* de aceitabilidade existentes em determinado meio.<sup>77</sup> (negrito é meu)

A razoabilidade impõe um juízo de valor sobre os fatos para que o Direito seja aplicado da melhor maneira. É uma forma de manifestação da moralidade administrativa, pois tal juízo de valor não é abarcado pela legalidade, mas dependente da **boa-fé** e **honestidade** do administrador.

A razoabilidade é o princípio que mais denota um caráter extra-normativo ao Direito, como condição *sine qua non* para se pensar tanto em legalidade quanto em supremacia do interesse público dentro de parâmetros de valores, acerca do que é aceitável ou não. *Há um puro juízo de valor com relação às circunstâncias.*

Ressalte-se que pretender afastar a razoabilidade como princípio mediante alegações como “excessiva subjetividade” ou “falta de precisão” não é aceitável, já que *é necessário que haja uma adequação entre a situação fática*

<sup>75</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra Citada, p. 103.

<sup>76</sup> MORAES, Alexandre de. Obra Citada, p. 84.

<sup>77</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Obra Citada, p. 24.

***ou jurídica e a natureza do ato praticado, o que exige uma ponderação correta entre a causa e o efeito pretendido, consequência imediata de uma responsável identificação dos valores subjacentes ao caso.***<sup>78</sup>

Assim, não importe o quão soe “não jurídico”, a adaptação do fato à norma passa por um juízo de valor, o que remete novamente à noção tridimensional do Direito de Miguel Reale.

Não é por outra razão, aliás, que antes se apontou *que a segurança e objetividade buscadas em um ordenamento decorriam de um ideal científico inapropriado à natureza do que é o próprio Direito*. Advogar contra a razoabilidade mediante a alegação de “subjativismo” e “insegurança jurídica” é ignorar a respeito da própria natureza do Direito, que tem papel orientador de valores e condutas, inevitavelmente.

Aliás, a razoabilidade, que impõe um juízo de valor sobre os fatos e, assim, integra uma noção de moral administrativa, ao ser aplicada cria maior eficiência da regra jurídica, pois um sentido axiológico presente em um comando normativo leva à sua observância de forma espontânea por parte do particular. Bem aponta Emerson Garcia:

Identificada a existência de um regramento moral e outro jurídico, a observância deste será tanto mais forte quanto for sua superfície de coincidência com os padrões de moralidade do grupamento que haverá de ser por ele regido. Correspondendo ao ideal moral, a norma será respeitada de forma voluntária, tendo-se um reduzido número de irresignações. Colidindo com os padrões de moralidade, haverá grande resistência à sua observância, o que comprometerá os próprios fins almejados com a sua edição, culminando com uma instabilidade social.<sup>79</sup>

Essa atenção à forma como o Direito é aplicado ao caso concreto, levando-se em conta as necessidades presentes nesse, evidencia uma zona convergente de incidência da regra moral e da regra jurídica.

<sup>78</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Idem, ibidem.

<sup>79</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Idem, p. 39-40.

A presença da moral sempre se fará sentir na regra de direito (*rectius*: norma de direito), quer seja quando a própria forma desta, ou mesmo quando forneça o colorido da realidade social que haverá de ser regida pela norma de conduta, permitindo a sua integração e a consecução do tão sonhado ideal de justiça. Em que pese inexistir uma superposição total entre a regra de direito e a regra moral, em essência, não há uma diferença de domínio, de natureza e de fim entre elas; e nem pode existir, porque o direito deve realizar a justiça, e a idéia de justo é uma idéia moral.<sup>80</sup>

Ora, a referida coincidência dos padrões de moralidade com os jurídicos é intimamente ligada à noção democrática de *representatividade*, sendo, assim, a observância da moralidade imprescindível para a própria legitimidade do sistema que se propõe. Não é por outra razão que o regramento é tanto melhor observado quanto mais coincidente com os padrões morais da comunidade, conforme supra referido.

Para Forsthoff, a unidade da administração, manifestada através do exercício da função que a assegura, “se incorpora à unidade da própria existência do Estado, mostra o ponto onde a Administração e a Constituição tem os contatos mais estreitos. A Administração tem por vocação realizar as tarefas do Estado. Estas tarefas são determinadas pelas estruturas sociais e pelas idéias políticas que caracterizam um Estado, portanto, pela substância mesma da Constituição. A Administração deve respeitá-los e levá-los em conta em todas as suas atividades”.<sup>81</sup>

A moralidade na administração pública, além de visar a referida adequação entre o agir estatal e as circunstâncias de fato, mediante o juízo de valor que carrega em si a noção razoabilidade, é devidamente denotada se o agir do Administrador está voltado ao *bem público* ou a seu *bem privado*, na condição de classe dirigente.

<sup>80</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Idem, p. 39.

<sup>81</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Obra Citada, p. 37.

### **13. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

Grande norteador da própria noção de Estado, o princípio da supremacia do interesse público é intimamente vinculado à noção de bom governo, desde tempos remotos. Veja-se o que Aristóteles, em sua obra *Política*, ensina a respeito:

Feitas essas distinções, devemos considerar, em seguida, o

que são as constituições, e quantas há. Começemos com aquelas cujo objetivo é assegurar o bem de todos, as quais chamamos de constituições certas, ou justas, pois, quando bem definidas, é fácil distingui-las das que se desviam daquilo a que se propõem. Como vimos constituição e *politeuma* são o mesmo; o corpo de cidadãos é o poder supremo dos Estados. A supremacia pode residir ou num homem, ou na minoria, ou na maioria, ou em todos. Sempre que o Um, ou a Minoria, ou Todos governam, tendo em vista o bem-estar comum, essas constituições são justas; mas, se procuram apenas o benefício de uma das partes, seja ela o Um, a Minoria ou Todos, estabelece-se um desvio. Pois ou dizemos que aqueles que participam não são cidadãos ou eles devem partilhar o bem comum<sup>82</sup>.

A correlação entre *moralidade administrativa* e a busca do *bem comum* é expressada por Nicolao Dino de Castro e Costa Neto:

Parece não haver dúvida de que a noção de moralidade administrativa é mais abrangente que a de legalidade, sendo mais incisivas as suas imposições, na medida em que exige da gestão administrativa um posicionamento inteiramente afinado com padrões de honestidade e de promoção do *bem comum*, tendo em vista a realização da boa administração.<sup>83</sup>

A noção de supremacia de um interesse soberano, conforme já referido por Emerson Garcia, nasceu e logo desenvolveu um certo descompasso entre governante e governado, onde aquele sempre deve estar atento aos interesses desse. Inevitavelmente esse princípio é estritamente ligado à legalidade. Nas palavras do mencionado jurista:

Esse princípio, em verdade, é um imperativo de ordem lógica, pois, se idealizarmos uma balança imaginária, constataremos que o prato sobre o qual repousa o interesse público muito mais peso possui do que aquele que ampara o interesse individual. **No entanto, por vivermos em um Estado de Direito, a proteção de qualquer interesse, independentemente de sua extensão ou de quem sejam os seus titulares, haverá de se dar na forma em que prescrever o ordenamento jurídico.**<sup>84</sup> (negrito é nosso)

<sup>82</sup> ARISTÓTELES, *Aristóteles: Poética, Organon, Política, Constituição de Atenas*. – São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 224.

<sup>83</sup> COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. *Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais e Processuais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, ... (org.). *Obra Citada*, p. 341.

<sup>84</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Obra Citada*, p. 23.

Ainda que não explícita em nosso ordenamento, é derivada de uma necessidade da própria noção de Estado, a supremacia do interesse público sem as rédeas da lei leva, certamente, a uma arbitrariedade por parte do Estado, mais forte, relativamente ao cidadão, mais fraco.

Em razão disto, os poderes outorgados aos agentes públicos, visando à consecução da finalidade pública inerente à atividade estatal, deverão ser empregados com estrita observância da sistemática legal, sendo injurídica a sua utilização ao bel-prazer do administrador, culminando em violar direitos individuais sob o pretexto de abrigo da supremacia do interesse público. Com efeito, somente com a antecedente previsão normativa, os direitos individuais, na amplitude de sua concepção, podem ser temporária ou definitivamente sacrificados.<sup>85</sup>

Veja-se que a diferenciação aristotélica de bons e maus governos em função de se governar para o interesse privado ou comum é absolutamente atual. Decorrente da supremacia do interesse público é o *princípio da impessoalidade*, definido, para Marino Pazzaglini Filho, da seguinte maneira.

O princípio constitucional da impessoalidade caracteriza-se pela objetividade e neutralidade da atuação da Administração Pública, **que tem por único propósito legal o atendimento do interesse público.**<sup>86</sup>(negrito é nosso)

No atual Estado de Direito, o bem comum referido por Aristóteles é, naturalmente, expressado principalmente pelos princípios da Administração Pública, seguidos da devida observância às leis infraconstitucionais. Waldo Fazzio Junior faz a seguinte alusão:

Em contrapartida, se a competência administrativa é utilizada para a satisfação de qualquer outro interesse, o ato

<sup>85</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Idem, ibidem.

<sup>86</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos. ... p. 31.

administrativo se converte em instrumento de uma disfunção, implementada pela vontade do agente público. Ora, todo agir administrativo desviado de seu caminho legal, por desígnio antijurídico do agente público, ainda que vizinho da discricionariedade, não pode ser aceito como exteriorização de boa-fé. Ao contrário, deixa à calva a má-fé e certifica o desprezo pelos deveres que justificam a função pública, como um compromisso com a sociedade, antes que com o Poder Público, e pelo incontroverso confronto com a probidade administrativa.<sup>87</sup>

Assim, como uma última forma de manifestação da *moralidade administrativa*, a supremacia do interesse público é imperativo de categórica observância pelo agente público. O ato administrativo é probo não apenas quando segue a lei, mas quando busca o bem comum.

Ato administrativo é ato de agente público, daquele que encarna o Poder Público. Resulta de intenção: é uma atuação deliberadamente dirigida a um fim. Se esse objetivo é o atendimento do interesse público primário ou interesse social, o ato administrativo se insere na linha de regularidade administrativa, da boa administração<sup>88</sup>.

## 14. CONCLUSÃO

Evidentemente não se poderia pretender exaurir um tema extenso como o suscitado pela reflexão acerca dos princípios para a Administração

---

<sup>87</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência..., p. 162.

<sup>88</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Idem*, pp. 161-162.



Pública.

Os valores que devem orientar o Estado e, por conseguinte, o agente público, constituem tema que há séculos é discutido e em relação ao qual, conforme se viu nas linhas desta dissertação, está longe de ser resolvido mediante algum tipo de raciocínio de caráter imediato e utilitarista, como é, preponderantemente, o pensamento moderno.

Não se propõe um novo sistema ou algum conjunto de normas que resolverá o problema, muito pelo contrário. Direito não é só técnica, mas também uma questão de reflexão e compreensão fundamentais, sem os quais perde de vista seu próprio objeto e razão de existir, criando um sistema cego que apenas atende os anseios de quem mais tem acessos ao poder.

Assim, cabe lembrar que *pensar é um fim em si mesmo*, pois é mediante a compreensão que se age com acerto. O *utilitarismo* que impregna o pensamento moderno fez crer que a toda reflexão deve corresponder um fim prático, de forma imediata. É precisamente esse *immediatismo* que torna o homem cego a fins maiores, tornando-o escravo de um sistema de produção para o qual ele dedica a própria vida muitas vezes sem nem saber o *porquê*.

Um apontamento feito por José Adércio Leite Sampaio é de grande valia para dar a posição em que se encontra o homem moderno, e assim também o Direito, perante as questões morais e existenciais humanas, que estão e sempre estiveram presentes:

Os modernos nos fizeram crer em um sujeito e em uma razão que marchavam para o progresso. O tempo e a história, contudo, foram desfazendo uma a uma nossas ilusões e nos obrigando a viver sem grandes narrativas, feito sujeitos perdidos em seus destinos: perdidos de si mesmos, com a queda do ato de sua onipotência racional à condição de mero produto de negociações internas entre pulsões invisíveis e um consciente fragmentado. E perdidos dos outros, pela escravidão à estética narcisista e pela rendição aos desígnios de um processo de globalização que vem destruindo os poucos alicerces que lhe restaram de solidariedade – Estado, sociedade e soberania popular. Alicerces que já não eram tão sólidos, mas que permitiam as costuras – dogmáticas ou não – da argumentação teórica e

uma relativa prática política<sup>89</sup>.

O individualismo que tanto creu na razão individual do homem sofreu forte impacto com as demonstrações, tão evidenciadas na Segunda Guerra Mundial, das possíveis monstruosidades de que o humano é capaz. Inclusive, a própria psicanálise adequadamente nomeia como processo de *racionalização* os discursos, aparentemente lógicos, que encobrem inúmeras motivações que, de certa forma, poderíamos dizer bastante irracionais.

Essa “razão instrumental” causou explorações de homens sobre outros homens, chacinas que pasmariam o mais simples indígena, supostamente tão “primitivo”. Esse neo-racionalismo humanista tão impregnado em todo tipo de discurso, seja de “direita”, “esquerda” ou outros possíveis posicionamentos, tornou praticamente impossível uma visão de mundo harmônica e uniforme por parte de grupamentos políticos. O próprio indivíduo é perdido em um mundo de muitas informações (ou desinformações?) contraditórias, que suscitam nele mais e mais necessidades, divagações e pouca clareza e direcionamento perante a realidade. Aliás, dirá o pós-moderno, que “realidade”?

Realmente, a vaga da “nova” ordem econômica mundial terminou por deixar atordoadas as ciências sociais, que não conseguiram até o momento esboçar sequer um projeto de sociedade e de política transnacionais, e atingiu em cheio a teoria do direito que tentava se recuperar da crise do paradigma positivista, em meio aos remorsos e à impotência de um sujeito decaído, de uma razão suspeita e, pior ainda, de se ter convertido em simples tecnologia de um meio a qualquer fim.<sup>90</sup>

Tamanha crise de confiança do humano no humano, a desencança para qualquer ordem *a priori* que governa as coisas, criou a ilusão de que as

<sup>89</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. A probidade na era dos desencantos. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, ... (org.). *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92...*, p. 148.

<sup>90</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Idem, *ibidem*.

necessidades humanas seriam supridas por certas ideias, como um mercado que provê necessidades materiais e um Estado que garante todos os direitos. Esqueceu-se que a *democracia* pressupõe a figura do *cidadão*, atento às necessidades coletivas, aos anseios mais profundos não do “Direito”, mas principalmente do “*humano*”.

... um fim amesquinhado à “redução de complexidade sistêmica”, por aperfeiçoamento ótimo dos processos de decisão, sem qualquer amarras de conteúdo ao processo ou ao seu resultado. Como salvar, então, o código do direito em meio a tanta turbulência?<sup>91</sup>

O desdém relativamente aos anseios mais profundos do “humano” resultou em uma sistematização do Direito que pouco tem de substancial e efetivo para a solução dos problemas concretos e cotidianos. Muitas leis, muitos direitos e um caos social é o que se vivencia em um país como o Brasil:

Por conseguinte, a sistematização do direito não ocorre no quadro hiperformalista de uma análise sistêmica, cujos modelos esquemas e modelizações têm, aliás, sentido e importância apenas para a *ciência* do direito, não para o *objeto* direito.<sup>92</sup>

A ética na política é banalizada, sob o pretexto de que “a política é assim mesmo”, quando se esquece que probidade e efetivação dos próprios fins do Estado são indissociáveis. A corrupção tornou-se inimiga número um das políticas públicas, provocando uma *crise de representatividade* e, porque não, de *legitimidade* do próprio Estado.

Ora, a implementação dos fins últimos do Estado é impossível mediante lei, que ignora o “humano”. O êxito na garantia dos direitos humanos está intimamente relacionada com a probidade dos atos administrativos o que, *inevitavelmente* estará atrelado a uma *atitude moral* por parte do administrador. Essa atitude moral se traduz como um compromisso íntimo com o bem comum, expresso pelos princípios da Administração Pública. Não é possível se dar o luxo mais em crer em um aparato técnico e burocrático que neutro e desligado da

<sup>91</sup> SAMPAIO. José Adércio Leite. Idem, ibidem.

<sup>92</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Obra Citada, p. 115.

realidade social e das motivações internas das pessoas que o conduzem. *A ilusão que necessita ser superada*.<sup>93</sup> Os princípios da Administração Pública devem sempre lembrar esse “humano”, esse compromisso com o coletivo e com o *Bem*.

## 15. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<sup>93</sup> E é devido a essa ilusão que diante de problemas sociais, atinentes inevitavelmente a questões morais, principalmente em momentos de escândalo, persiste-se na criação de novas leis, o que se revela ineficaz e contribui ainda mais para a excessiva produção legislativa dentro de uma ideia preconcebida de que acrescentando ou alterando os elementos normativos do ordenamento conseguir-se-á soluções adequadas, quando, pelo contrário, a legislação já produzida mostrar-se-ia suficiente, contanto que devidamente aplicada. É evidente que o problema não é legal, e nem merece solução somente *objetiva*, como um ideal só científico pretenderia, mas diz respeito sim à *subjetividade* daqueles responsáveis pelo aparato estatal. A motivação e conduta desses é essencial.

ARISTÓTELES, Aristóteles: Poética, Organon, Política, Constituição de Atenas. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

ARISTÓTELES, Da Geração e da Corrupção seguido de Convite à Filosofia. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. – 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BUZZI, Arcângelo R. Introdução ao Pensar. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

CARVALHO, Olavo de. O Jardim das Aflições. De Epicuro à Ressurreição de César – Ensaio sobre o Materialismo e a Religião Civil. Rio de Janeiro: Diadorim, 1995.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo, organizador. Crítica da modernidade: diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. Os Fundamentos da Ordem Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JUNG, Carl Gustav. O Eu e o inconsciente; tradução de Dora Ferreira da Silva. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

MARÍAS, Julián. História da Filosofia. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ORTEGA Y GASSET, José. A Rebelião das Massas. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios Constitucionais reguladores da administração pública. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite, DINO, Nicolao, FREITAS, Nívio de, ANJOS, Roberto dos, organizadores. Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.